

## 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰\*

김대인\*\*

2020년 10월 현재 국회에 계류 중인 「행정기본법(안)」은 개별법령에 의해서 분산적으로 규율되던 행정법이 체계적으로 규율됨으로써 국민의 권익을 보호하고 행정의 투명성과 효율성을 높일 것이라는 기대를 받고 있다. 이러한 기대가 현실화되기 위해서는 체계정당성의 차원에서 행정절차법과의 관계정립이 이루어질 필요가 있다.

외국의 법제를 보면 일반행정작용에 대한 규율방식은 크게 1) 행정절차법 모델(독일, 스페인, 미국, 일본, 대만)과 2) 일반행정법 모델(네덜란드, 몽골)로 나누어진다고 할 수 있다. 우리나라는 행정절차법과 일반행정법이 공존하게 된다는 점에서 다른 국가들과 다른 특유성을 나타낸다.

우리나라의 행정기본법(안)과 행정절차법의 관계를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 양법의 규율범위는 구분이 된다. 행정절차법은 '처분'의 '절차' 위주로 규율하고 있는 반면에, 행정기본법은 '처분 이외의 행정작용'(예를 들어 공법상 계약)에 대한 '실체' 및 '절차'에 관해 규율을 하고 있고, '처분'과 관련해서도 '실체'적인 규율을 하고 있으며, 행정기본법은 입법지침 및 해석지침 등에 대해서도 규율을 두고 있다.

둘째, 행정기본법(안)은 행정절차법의 규율에서 제외되어 있는 부분들을 보완해주는 역할을 하며(실권의 법리, 공법상 계약 등), 2) 행정기본법(안)은 행정절차법과의 결합을 통해 행정절차를 보다 강화하는 역할을 한다(제재처분의 기준, 입법절차 등).

향후 양법은 다음과 같은 방향으로 발전될 필요가 있다. 첫째, 개별쟁점별로 행정기본법과 행정절차법의 어느 한쪽으로 통합적으로 규율하는 것이 필요할 수 있다. 신고가 대표적인 예이다. 둘째, 행정기본법에 대해서 단순한 행위규범의 성격만을 인정할 것은 아니고, 가능한 한 재판규범의 성격까지 인정하는 것이 바람직하다. 물론 행정기본법의 규정에 따라 재판규범으로서의 적용밀도는 다양하게 보아야 한다. 셋째, 장기적으로 행정기본법과 행정절차법은 통합될 필요가 있다. 이렇게 될 경우 양법의 우선순위에 대한 불필요한 논란을 막을 수 있고, 행정법 전반을 보다 체계적으로 다루는 것이 가능해질 것이다.

**주제어:** 행정기본법, 행정절차법, 기본법, 행정법의 법전화, 체계정당성, 네덜란드 일반행정법

\* 이 글은 2020년 10월 30일 개최된 행정법포럼(법제처 및 법제연구원 공동주최)에서의 발표문을 당일 토론 내용을 반영하여 수정·보완한 것이다. 이 글의 투고논문심사과정에서 소중한 의견을 주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

\*\* 이화여자대학교 법학전문대학원 교수(daeinkim@ewha.ac.kr)

목 차

- I. 서론
- II. 비교법적 분석
  - 1. 외국의 행정절차법 및 일반행정법
  - 2. 외국의 법전화 사례
  - 3. 우리나라의 행정기본법(안)과 행정절차법
- III. 총칙 및 행정의 법원칙
  - 1. 개관
  - 2. 법의 목적
  - 3. 다른 법률과의 관계
  - 4. 성실의무 및 신뢰보호의 원칙
- IV. 처분
  - 1. 개관
  - 2. 자동적 처분
  - 3. 제재처분의 기준
- V. 공법상 계약
  - 1. 개관
  - 2. '행정처분을 대체하는 공법상 계약'의 인정여부
  - 3. 공법상 계약의 변경과 해지
- VI. 신고
  - 1. 개관
  - 2. 수리를 요하는 신고와 수리를 요하지 않는 신고의 구별
- VII. 행정입법
  - 1. 개관
  - 2. 행정입법의 기준과 절차
- VIII. 결론

## I. 서론

2020년 7월 7일 국무회의를 통과하고, 국회에 계류 중인 「행정기본법(안)」은 개별법령에 의해서 분산적으로 규율되던 행정법이 체계적으로 규율됨으로써 국민의 권익을 보호하고 행정의 투명성과 효율성을 높일 것이라는 점에서 기대를 낳고 있다.<sup>1)</sup> 그러나 이 법안에 대해서는 다양한 우려사항도 나타나고 있는데, 이 법에 기본법이라는 명칭을 부여하는 것이 적절한지에 대한 의문이 제기되고 있으며,<sup>2)</sup> 적극행정규정이 입법화될 경우에 가져올 문제점에 대한 지적도 나타나고 있다.<sup>3)</sup>

이와 같은 우려가 나오는 배경은 다음과 같이 분석해볼 수 있다. 행정기본법(안)은 다양한 성격의 규정들을 두고 있다. 1) 개별법령 입안시 입법지침으로 작용할 수 있는 규정,<sup>4)</sup> 2) 개별법령의 해석지침으로 작용할 수 있는 규정,<sup>5)</sup> 3) 개별 행정작용의 형식 및 절차에 관한 규정,<sup>6)</sup> 4) 개별 행정작용의 실체에 관한 규정<sup>7)</sup> 등이 그것이다. 이처럼 다양한 성격의 규정들이 행정기본법(안)에 존재하기 때문에 이 법의 기본성격을 어떻게 볼 것인가가 문제될 수 있고, 개별규정들에 대해서 ‘행위규범’으로서의 성격만을 인정할 것인지 아니면 ‘재판규범’으로서의 성격까지 인정할 것인지를 개별적으로 검토해야 하는 상황이라고 할 수 있다.

이와 같은 문제제기 이외에도 추가로 검토해보아야 할 이슈는 행정기본법(안)과 다른 법령간의 관계를 어떻게 정립할 것인가 하는 점이다.<sup>8)</sup> 특히 동법이 행정절차

1) 정하중, “행정기본법 제정안에 대한 소고”, 『법제』 2020년 6월호. 정하중 교수는 행정기본법 제정안의 주요내용은 그동안 학계와 실무계에서 그 입법화를 일관되게 주장하여온 행정법의 일반적인 법원리와 본질적인 법제도들이며, 향후 입법이 성공하는 경우에는 한국행정법제사의 중요한 이정표가 될 것이라고 평가하고 있다.

2) 김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 『법조』 제68권 제4호, 2019.

3) 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 『인권과 정의』 제491호, 2020. 2020년 3월 18일 개최된 ‘행정기본법 제정안 총청권 온라인 공청회’에서 최선용 교수(충북대학교 법학전문대학원)도 같은 취지의 견해를 제시한 바 있다.

4) 예를 들어 행정의 입법활동에 관한 규정(제46조)을 들 수 있다.

5) 예를 들어 신고에 관한 규정(제35조)을 들 수 있다.

6) 예를 들어 공법상 계약에 관한 규정(제29조 및 제30조)을 들 수 있다.

7) 예를 들어 처분의 효력(제15조), 부관(제17조), 위법 또는 부당한 처분의 취소(제18조), 적법한 처분의 철회(제19조) 등의 규정을 들 수 있다.

8) 2020년 4월 22일 개최된 ‘행정기본법 제정안 호남권 온라인 공청회’에서 유진식 교수(전북대학교 법학전문대학원)는 행정기본법(안)과 행정절차법의 분절화 문제를 지적하고 있다.

법과 어떠한 관계에 놓이게 될 것인지를 검토할 필요가 있다. 행정절차법에서도 처분절차 등 행정일반에 적용되는 다양한 절차규정들을 두고 있어서, 행정일반에 적용되는 행정기본법(안)과의 관계가 문제될 것으로 예상되기 때문이다.<sup>9)</sup> 다시 말해서 행정기본법(안)과 행정절차법이 입법학의 원리로 논의되는 체계정당성<sup>10)</sup>을 제대로 반영하고 있는지 검토가 필요하다.<sup>11)</sup>

행정기본법(안)과 행정절차법간의 관계는 앞서 제기되었던 문제들, 즉 행정기본법(안)의 법적 성격의 문제 및 개별규정의 규범성격(행위규범/재판규범)의 문제와도 연결성이 존재한다. 왜냐하면 행정기본법(안)과 행정절차법간의 관계가 보다 명확하게 정립됨으로써 행정기본법(안)의 법적 성격이나 동 법안에 있는 개별규정의 규범성격이 보다 명확해질 수 있기 때문이다.

이하에서는 우선 행정절차법과 일반행정법에 관한 외국법제와의 비교를 통해 우리나라 입법의 태도를 분석해보도록 한다(II). 이어서 행정의 기본원리, 처분, 공법상 계약, 신고, 행정입법 순으로 행정기본법과 행정절차법의 관계를 살펴보도록 한다(III-VIII). 마지막으로 일정한 결론을 제시해보도록 한다(VIII).

## II. 비교법적 분석

### 1. 외국의 행정절차법 및 일반행정법

외국에는 다양한 행정절차법 및 일반행정법들이 제정되어 있다. 독일의 연방행정절차법, 네덜란드의 일반행정법전, 프랑스의 「시민과 행정의 관계에 관한 법률」,

9) 또한 양법의 관장기관이 나누어져 있기 때문에(행정기본법은 법제처, 행정절차법은 행정안전부) 두 법률이 긴밀한 관계 가운데 운영되지 않을 경우에는 행정법체계 전반에 오히려 부정적인 영향을 미칠 수도 있다는 점에서도 양자간의 관계를 논의할 필요성이 존재한다.

10) 헌법재판소는 “체계정당성이라 함은 일정한 법률의 규범 상호간에는 그 내용과 체계에 있어서 조화를 이루고 상호 모순이 없어, 결국 모든 규정의 내용과 체계가 상호 모순과 갈등 없이 그 본래의 입법목적의 실현에 합치되고 이바지하는 것을 말한다”라고 판시하고 있다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마136).

11) 체계정당성에 대한 선행연구로 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제29집, 2005; 서윤호, “입법이론에서의 체계정당성”, 「통일인문학」 제65호, 2016 등이 있다.

스페인의 「공공행정의 일반절차에 관한 법률」, 미국의 연방행정절차법, 일본의 행정절차법, 대만의 행정절차법, 몽골의 일반행정법 등이 그것이다. 각 법률의 개요를 정리해보면 다음과 같다.

〈표 1〉 각국의 행정절차법 및 일반행정법의 개요

국가	법령명	구조	주요규율내용
독일	연방행정절차법	총 8장, 103조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 적용범위, 토지관할, 전자적 커뮤니케이션, 행정응원, 유럽 행정협력(제1장)</li> <li>- 행정절차에 관한 일반규정(제2장)</li> <li>- 행정행위(제3장)</li> <li>- 공법상 계약(제4장)</li> <li>- 특별절차(제5장)</li> <li>- 권리구제절차(제6장)</li> <li>- 명예직활동, 위원회(제7장)</li> <li>- 종결규정(제8장)</li> </ul>
스페인	공공행정의 일반절차에 관한 법률	총 6장, 133조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 행정절차의 이해관계인(제1장)</li> <li>- 절차상의 활동(제2장)</li> <li>- 행정행위(제3장)</li> <li>- 일반행정절차에 관한 조항(제4장)</li> <li>- 행정절차상 행위의 수정(제5장)</li> <li>- 법안발의, 법규명령 및 기타 규정의 공포 권한(제6장)</li> </ul>
미국	연방행정절차법	총 11조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 정의(제551조)</li> <li>- 정보 공개; 행정기관 규칙, 견해, 명령, 기록, 및 심의록(제552조)</li> <li>- 개인이 관리하는 기록물(제552a조)</li> <li>- 공개 회의(제552b조)</li> <li>- 규칙제정(제553조)</li> <li>- 재결(제554조)</li> <li>- 부속 문제(제555조)</li> <li>- 청문; 고용관리; 권한과 의무; 입증책임; 증거; 결정 근거가 되는 기록(제556조)</li> <li>- 초기 결정; 최종 결정; 행정기관의 재심; 당사자의 제출; 결정 내용; 기록(제557조)</li> <li>- 제재 부과; 허가 신청 결정; 취소; 철회, 허가의 만료(제558조)</li> <li>- 다른 법률과의 관계; 종속 법률의 효과(제559조)</li> </ul>

국가	법령명	구조	주요규율내용
일본	행정절차법	총 8장, 46조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 총칙(제1장)</li> <li>- 신청에 대한 처분(제2장)</li> <li>- 불이익처분(제3장)</li> <li>- 행정지도(제4장)</li> <li>- 처분 등의 요구(제4장의2)</li> <li>- 신고(제5장)</li> <li>- 의견수렴절차 등(제6장)</li> <li>- 보칙(제7장)</li> </ul>
대만	행정절차법	총 8장, 175조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 총칙(제1장)</li> <li>- 행정처분(제2장)</li> <li>- 행정계약(제3장)</li> <li>- 법규명령 및 행정규칙(제4장)</li> <li>- 행정계획(제5장)</li> <li>- 행정지도(제6장)</li> <li>- 청원(제7장)</li> <li>- 부칙(제8장)</li> </ul>
프랑스	시민과 행정의 관계에 관한 법률	총 5권, 473조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 행정기관과의 의사교환(제1권)</li> <li>- 행정기관의 일방적 행위(제2권)</li> <li>- 행정문서에 대한 접근과 공공정보의 활용(제3권)</li> <li>- 행정기관과의 분쟁해결(제4권)</li> <li>- 해외령 관련 특례(제5권)</li> </ul>
네덜란드	일반행정법	총 10편, 480조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 총칙(제1편)</li> <li>- 당사자와 행정청(제2편)</li> <li>- 결정에 대한 일반규정(제3편)</li> <li>- 결정에 대한 특별규정(제4편)</li> <li>- 집행(제5편)</li> <li>- 이의신청 및 행정심판에 관한 일반규정(제6편)</li> <li>- 이의신청 및 행정심판에 관한 특별규정(제7편)</li> <li>- 지방법원에 제기하는 항소에 대한 특별규정(제8편)</li> <li>- 민원처리(제9편)</li> <li>- 행정청에 관한 규정(제10편)</li> </ul>
몽골	일반행정법	총 5편, 108조	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 총칙(제1편)</li> <li>- 행정결정(제2편)</li> <li>- 기타 행정작용(제3편)</li> <li>- 행정행위에 대한 이의신청 및 분쟁해결절차(제4편)</li> <li>- 기타(제5편)</li> </ul>

이러한 비교법 사례를 전반적으로 보면 일반행정작용에 대한 규율방식은 크게 1) 행정절차법 모델(독일, 스페인, 미국, 일본, 대만)과 2) 일반행정법 모델(네덜란드, 몽골)로 나누어진다고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 프랑스는 두 모델의 중간정도에 위치하고 있는 것으로 볼 수 있다. 행정절차가 이 법의 중심내용을 이루고 있다는 점에서는 행정절차법 모델로 분류할 수 있으나, 일방적 행정작용에 대한 실체적인 내용들을 상세하게 담고 있고, 정보공개와 분쟁해결제도까지 포괄하고 있다는 점에서는 일반행정법으로도 분류할 수 있는 특성을 가지고 있기 때문이다.<sup>13)</sup>

전반적으로 일반행정법 모델이 행정절차법 모델에 비해서 규율의 범위가 넓고 (일반행정법 모델에는 분쟁해결절차에 관한 규정이 들어가는 것이 일반적이지만 행정절차법은 그렇지 않다), 조문의 숫자가 많은 것을 볼 수 있다. 또한 법률이 시행되기 시작한 시점이 전반적으로 일반행정법이 행정절차법에 비해 좀 더 최근이라는 특징을 갖는다.<sup>14)</sup>

각각의 모델들 내에서도 다양한 차이점이 발견된다. 우선 행정절차법 모델을 보면 그 규율범위가 동일하지 않음을 볼 수 있다. 예를 들어 독일, 대만은 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있지만, 스페인, 미국, 일본은 이에 관한 규정을 두지 않고 있다. 개별결정과 행정입법으로 나누어서 볼 때 절차적 엄격성의 정도에도 국가마다 차이가 있다.<sup>15)</sup> 조문의 숫자도 11개(미국)로부터 175개(대만)에 이르기까지 다양한 것을 볼 수 있다.

12) 네덜란드와 몽골은 법률명 자체에서 '일반행정법'이라는 용어를 사용하고 있다. 몽골의 경우 처음에는 '행정절차법'을 제정하려고 하였으나 나중에 규율범위를 확대하면서 '일반행정법'을 제정하게 되었다. Tsend, Tsogt, "Enactment of the General Administrative Act and Evolution of the Administrative Law in Mongolia" (March 12, 2016), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2754882> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2754882>, p. 2.

13) 이 법이 시민과 행정간 관계에 대한 일반법(*lex generalis*)의 성격을 가지고 있다고 보는 견해로 Dubreuil, Charles-André, *Le Champ d'application des dispositions du code*, RFDA 2016, p. 18.

14) 시행연도순으로 보면 미국(1946년), 스페인(1958년), 독일(1976년), 일본(1994년), 네덜란드(1994년), 대만(2001년), 프랑스(2016년), 몽골(2016년) 등이다.

15) 독일의 뤼더(Hermann Pünder) 교수는 독일과 미국의 행정절차법을 비교하면서 행정입법 영역에 있어서는 독일이 미국에 비해서 절차적 엄격성의 정도가 약하지만, 행정행위(재결) 영역에 대해서는 양자의 차이가 그리 크지 않다는 분석을 하고 있다. Pünder, Hermann, "German Administrative Procedure in a Comparative Perspective: Observations on the Path to a Transnational *Ius Commune Proceduralis* in Administrative Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11 No. 4, 2013, p. 960-961.

다음으로 일반행정법 모델에서도 그 규율범위가 동일하지 않다. 예를 들어 네덜란드는 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 몽골은 이에 관한 규정을 두고 있음을 볼 수 있다.<sup>16)</sup> 또한 네덜란드는 정보공개에 관한 규정을 두고 있지만, 몽골은 이에 관한 규정을 두고 있지 않다는 점에서도 차이가 있다. 조문의 숫자도 480개(네덜란드)와 108개(몽골)로 차이가 있음을 볼 수 있다.

행정절차법의 발전사와 관련해서는 1세대, 2세대, 3세대 행정절차법 모델로 나누어서 설명하는 견해가 제시되고 있다. 제1세대(1800년대 중반이후)는 개별결정에 규율초점이 맞추어져 있고 사법부의 재판에 유사한 모델(quasi-judicial model)을 추구하며, 제2세대(1945년 이후)는 규칙제정에 규율초점이 맞추어져 있으면서 입법부의 법률제정에 유사한 모델(quasi-legislative model)을 추구하며, 제3세대(20세기 후반 이후)는 새로운 거버넌스 모델에 따른 공공정책에 규율초점이 맞추어져 있으면서 협력적 행정모델(collaborative model)을 추구한다는 것이다.<sup>17)</sup> 네덜란드의 일반행정법 모델을 이러한 맥락에서 분석해보면 제3세대 모델(협력적 행정모델)에 가까운 것으로 볼 수 있다.<sup>18)</sup>

## 2. 외국의 법전화 사례

외국의 입법사례 중 비교적 최근에 법전화가 이루어진 네덜란드와 프랑스 사례를 좀 더 살펴보도록 한다. 우선 네덜란드의 일반행정법전은 그 이전의 네덜란드 행정법제에서 다양한 법령으로 분산되어 있던 것을 통합한 성격을 가지고 있다.

16) 네덜란드에서는 국가가 체결하는 계약의 경우에도 원칙적으로 민법의 규율을 받는다고 보고 있다. Barkhuysen, Tom et al., *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, Netherlands Administrative Law Library 2012, April-juni, p. 5.

17) Barnes, Javier, "Toward a Third Generation of Administrative Procedure", in: Rose-Ackerman, Susan et al. (ed.), *Comparative Administrative Law* (2nd ed.), Edward Elgar, 2017, 344-354. 스페인의 행정절차법은 2세대 모델로, 미국의 행정절차법은 3세대 모델로 설명하고 있다.

18) 네덜란드의 베르쥬(Lukas van den Berge) 교수는 네덜란드의 일반행정법이 개인의 자율성만을 강조하는 모델(autonomous model)이 아니라 시민과 행정의 관계성(relational model)을 강조하는 모델을 반영하고 있다는 주장을 하고 있다. Berge, Lukas van den, "The Relational Turn in Dutch Administrative Law", *Utrecht Law Review*, Vol. 13 Issue 1, 2017, p. 110-111.



과거 개별 행정법제 체계 아래에 행정쟁송과 관련된 규정들이 각 법령별로 상이하여 행정상대방인 국민들에게 불편을 초래하였고, 이 이외에도 개별법령간의 불일치 문제가 심각하였다. 이러한 문제를 해결하기 위해서 1983년에 ‘행정법 일반규율의 입법화를 위한 위원회’가 설립되어 일반행정법전을 통하여 행정관련 법제의 통일성, 체계성, 단순성을 추구하였고, 행정활동과 관련하여 축적된 주요 판례법을 성문법화하고자 하였고, 그 결과 1994년에 일반행정법전이 제정되기에 이르렀다.<sup>19)</sup>

네덜란드의 일반행정법은 1994년 제정 이후에 지속적으로 그 규율범위를 확대해왔다. 1998년에는 행정청에 대한 감독에 관한 규정이 포함되었으며, 2009년에는 행정상 강제수단, 특히 과징금에 관한 내용이 들어갔다. 그리고 일반행정법전을 보완하기 위한 다양한 부속입법들의 개정이 주기적으로 이루어지고 있다.<sup>20)</sup>

다음으로 프랑스의 경우에는 행정절차의 법전화작업(codification)이 2000년대 들어 활발히 진행되었는데 이는 행정절차의 간소화, 행정행위의 직권취소 및 철회 등에 있어서 조화 및 법적 안정성의 확보, 행정작용에 대한 시민의 참여 확대 등의 요청이 그 배경이 되었다.<sup>21)</sup> 이러한 법전화 작업에는 주요 선진국 중에서 행정절차에 관한 법률이 없는 국가는 프랑스 밖에 없다는 평가도 영향을 미쳤다.<sup>22)</sup> 또한 유럽연합차원에서도 행정절차법제정이 박차를 가하는 가운데 프랑스도 더 이상 행정절차법전의 제정을 늦출 수 없는 상황이 되었다.<sup>23)</sup>

그 결과 2015년에 「시민과 행정의 관계에 관한 법률」이 제정되기에 이르렀다. 이 법은 결국 프랑스 국내의 오랫동안의 요청 및 유럽연합 차원의 개혁동향에 부응

19) 윤강욱·박훈민, “네덜란드 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고”, 「행정법연구」 제50호, 2017, 111-112면; Seerden, René and Wenders, Daniëlle, “Administrative Law in the Netherlands”, in: Seerden, René (ed.), Comparative Administrative Law (4th ed.), Intersentia, 2018, p. 112-114.

20) Barkhuysen, Tom et al., The Law on Administrative Procedures in the Netherlands, Netherlands Administrative Law Library 2012, April-juni, p. 7.

21) Labetoulle, Daniel, Le code des relations entre le public et l’administration: Avant-propos, RFDA 2016, p. 2 및 Levêque, Marie-Anee et Verot, Célia, Comment réussir à simplifier? Un témoignage à propos du code, RFDA 2016, p. 12.

22) Vialettes, Maud et de Sarigny, Cécile Barrois, La fabrique d’un code, RFDA 2016, p. 6.

23) EU 행정절차법에 대한 선행연구로 이희정, “EU 행정법상 행정처분절차에 관한 소고”, 「공법학연구」 제12권 제4호, 2011; 김중권, EU 행정법연구, 법문사, 2018; 박재윤, “EU 행정절차법 제정논의와 시사점 - 모델 규칙상 개별처분절차를 중심으로 -”, 「행정법연구」 제60호, 2020 등이 있다.

하기 위해서 기존의 법령과 판례를 집대성하여 법전화하였다는 점이 특징이라고 할 수 있다.<sup>24)</sup> 이 법은 한편으로는 ‘현존하는 법’(le droit tel qu’il est)을 그대로 법전화한 것도 아니고, 다른 한편으로는 ‘향후에 발전해갈 법’(le droit tel qu’il devrait être)을 법전화한 것도 아니라는 점에서 고유한(sui generis) 특징을 가진 법으로 평가받고 있다.<sup>25)</sup>

네덜란드와 프랑스를 비교해보면 네덜란드는 법령간의 체계성 강화라는 국내적인 수요가 동인이었다고 한다면, 프랑스는 행정절차의 간소화라는 국내적인 수요 및 외부적인 요인(유럽연합의 영향)이 복합적인 동인이 되었다는 점에서 차이가 있다고 할 수 있다.

### 3. 우리나라의 행정기본법(안)과 행정절차법

우리나라의 행정기본법(안)과 행정절차법의 개요는 다음과 같다.

〈표 2〉 우리나라의 행정기본법(안)과 행정절차법의 개요

국가	법령명	구조	주요규율내용
한국	행정기본법(안)	총 4장, 43조	- 총칙(제1장) - 행정의 법원칙(제2장) - 행정작용(처분, 인허가의제, 과징금, 공법상 계약, 행정상 강제, 그 밖의 행정작용)(제3장) - 행정의 입법활동 등(제4장)
한국	행정절차법	총 8장, 56조	- 총칙(제1장) - 처분(제2장) - 신고(제3장) - 행정상 입법예고(제4장) - 행정예고(제5장) - 행정지도(제6장) - 국민참여의 확대(제7장) - 보칙(제8장)

24) 강지은, “프랑스 행정절차법상 일방적 행정행위: 행정절차법전 제2권의 주요개념 및 해석원리를 중심으로”, 『행정법연구』 제49호, 2017, 30면; 권채리, “프랑스 행정절차법의 제정과 그 특징 - 행정과정의 민주화와 투명성의 지향 -”, 『행정법학』 제18호, 2020, 112면.

25) Vialettes, Maud et de Sarigny, Cécile Barrois, La fabrique d’un code, RFDA 2016, p. 4.

행정기본법(안)의 제안이유<sup>26)</sup> 및 규율내용을 보면 우리나라의 행정기본법(안)은 일반행정법 모델, 그 중에서 네덜란드의 일반행정법전을 모델로 하여 그 제정이 추진된 것으로 볼 수 있다. 우리나라의 행정기본법(안)이 절차에만 제한하지 않고 실제적인 규율내용도 담고 있고, 개별법령의 분산적으로 이루어졌던 규율에 통일성을 확보하는 데 초점이 맞추어져 있다는 점에서 그러하다.<sup>27)</sup>

그러나 우리나라의 행정기본법(안)은 네덜란드의 일반행정법전과 여러 가지 측면에서 차이점들이 존재한다. 첫째, 우리나라는 행정절차법을 그대로 둔 상태에서 행정기본법(안)이 별도로 제정되기 때문에, 행정절차에 관한 내용을 포괄하고 있는 네덜란드의 일반행정법전과는 차이가 존재한다.

둘째, 네덜란드 일반행정법전은 행정심판에 관한 규정을 두고 있지만 우리나라의 행정기본법(안)은 그러하지 아니하다. 이는 우리나라에서 행정심판법이 이미 존재하는 상황에서 이와 중복되지 않는 범위에서 행정기본법(안)을 제정하기 때문으로 볼 수 있다.

셋째, 네덜란드 일반행정법전에 비해 우리나라의 행정기본법(안)은 조문수가 훨씬 간략한 것을 볼 수 있다. 이는 네덜란드 일반행정법전은 통합법적인 성격을 강하게 갖고 있는 반면에, 행정기본법(안)은 기존의 법령들을 그대로 둔 상태에서 기본원리 중심으로 규율을 하고 있기 때문으로 볼 수 있다.

넷째, 우리나라는 행정기본법(안)에서 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있는 반

26) “행정 법령은 국가 법령의 대부분을 차지하고 국민 생활과 기업 활동에 중대한 영향을 미치는 핵심 법령이나, 그동안 행정법 분야의 집행 원칙과 기준이 되는 기본법이 없어 일선 공무원과 국민들이 복잡한 행정법 체계를 이해하기 어렵고, 개별법마다 유사한 제도를 다르게 규정하고 있어 하나의 제도 개선을 위하여 수백 개의 법률을 정비해야 하는 문제점이 있었음. 이에 따라 부당결부금지의 원칙 등 학설·판례로 정립된 행정법의 일반원칙을 명문화하고, 행정 법령 개정 시 신법과 구법의 적용 기준, 수리가 필요한 신고의 효력 발생 시점 등 법 집행의 기준을 명확히 제시하며, 개별법에 산재해 있는 인허가의제 제도 등 유사한 제도의 공통 사항을 체계화함으로써 국민 혼란을 해소하고 행정의 신뢰성·효율성을 제고하는 한편, 일부 개별법에 따라 운영되고 있는 처분에 대한 이의신청 제도를 확대하고, 법령이나 판례에 따라 인정되는 권익보호 수단에 대하여 처분의 재심사 제도를 도입하는 등 행정 분야에서 국민의 실제적 권리를 강화함으로써 국민 중심의 행정법 체계로 전환할 수 있도록 하고, 이를 통하여 국민의 권익 보호와 법치주의의 발전에 이바지하기 위하여 이 법을 제정하려는 것임.”(행정기본법안, 제안이유, 2020. 7. 7)

27) 박정훈 외, 규제개혁의 이념과 구체적 방안에 관한 연구, (재)행복세상 연구용역보고서, 2011; 김중권 외, 21세기 국가모델을 위한 가장 행정기본법의 제정을 위한 연구, 한국공법학회, 2016 등에서도 네덜란드 일반행정법전을 모델로 한 행정기본법 제정에 대한 제안이 이루어진 바 있다.

면, 네덜란드의 일반행정법전은 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있지 않다. 우리나라의 행정기본법(안)에서 공법상 계약에 관한 규정을 둔 것은 독일 연방행정절차법의 영향으로 볼 수 있다.

이러한 비교법적 분석을 토대로 보면 우리나라의 「행정기본법(안)」은 네덜란드의 일반행정법전 모델(통합법 모델)에서 출발하였지만 행정절차법, 행정심판법의 규율내용을 제외하고 있다는 점에서 통합법적 성격이 약화된 것으로 볼 수 있다. 그리고 공법상 계약 등 행정절차법의 규율대상에서 제외된 행정작용에 관한 절차를 규율하고 있어 실질적으로 절차법적인 성격도 병유하고 있는 것으로 볼 수 있다.

### Ⅲ. 총칙 및 행정의 법원칙

#### 1. 개관

행정기본법(안) 제1장(총칙)에서는 목적(제1조), 정의(제2조), 국가와 지방자치단체의 책무(제3조), 적극행정의 추진(제4조), 다른 법률과의 관계(제5조), 기간의 계산(제6조, 제7조) 등에 관한 규정을 두고 있다. 다음으로 동법안 제2장(행정의 법원칙)에서는 법치행정의 원칙(제8조), 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조), 부당결부금지의 원칙(제13조)에 관해서 규정을 두고 있다. 제2장의 규정들은 기존에 학설과 판례에서 인정되고 있던 행정법의 기본원리들을 입법화한 것으로 볼 수 있다.

이들 규정 중 가장 논란이 되고 있는 규정은 적극행정에 관한 규정을 들 수 있다. 이 규정에 대해서는 다음과 같이 비판이 있다. 적극행정을 하지 않으면 소극행정에 해당하는 것으로 잘못 이해하여 적극행정이 아닌 정상적인 평범한 행정을 소극행정으로 취급하여 공무원에 대하여 제재를 가하게 될 가능성이 존재하는데, 이로 인해 공무원이 소극행정으로 몰려 제재처분을 받는 것이 두려워 법적 한계를 벗어나서 무리하게 행정을 하는 과정에서 오히려 공익이 훼손될 수 있다는 것이다.<sup>28)</sup>

28) 김용섭, 위의 글, 6면.

적극행정의 추진을 행정의 기본원리를 규정한 제2장에 위치시키지 않고, 총칙규정인 제1장에 위치시킨 것은 ‘적극행정’을 아직 재판규범으로서의 행정법의 기본원리로까지 인정되지 않는 실무나 이론을 반영한 것으로 볼 수 있다. 적극행정의 추진에 관한 규정(제4조)을, 재판규범으로 이해하기 힘든 제3조(국가와 지방자치단체의 책무) 바로 다음에 위치시키고 있다는 점에서도 그러하다. 따라서 적극행정을 하지 않음으로 인한 법적 제재의 가능성은 낮은 것으로 보아야 할 것이다. 다만 향후 재량의 0으로의 수축이론과 연계되어 적극행정이 의무화되는 경우가 인정될 가능성을 완전히 배제할 수는 없고, 이 경우에는 동 규정이 재판규범으로 활용될 여지가 있다. 그러나 이러한 상황은 매우 예외적으로만 발생할 것으로 예상되기 때문에 이에 대한 우려를 이유로 적극행정에 관한 규정을 비판적으로 볼 필요는 없다고 하겠다.<sup>29)</sup>

행정기본법(안)의 제1장과 제2장 중에서 행정절차법과의 관계를 검토해볼 부분으로는 목적(제1조), 다른 법률과의 관계(제5조), 성실의무(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조) 등이다. 양법의 목적에서 유사한 부분과 구별되는 구분이 무엇인지 검토의 필요가 있고, 양법간의 우열관계가 문제되며, 행정절차법에서 ‘신의성실 및 신뢰보호’에 관한 규정을 두고 있어서(제4조) 양자간의 관계를 논의할 필요가 있기 때문이다.

## 2. 법의 목적

행정기본법(안) 제1조에서는 “이 법은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 동법의 목적을 규정하고 있다. 이에 비해 행정절차법 제1조는 “이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의

29) 박정훈 교수는 적극행정을 조장·촉진함과 동시에, 적극행정의 남용을 방지하기 위해 그 규범적 한계를 확정해야 한다는 점을 지적하고 있다. (박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론-”, 『공법연구』 제38집 제1호 제1권, 2009, 351면) 행정기본법(안)에 적극행정에 관한 규정을 두는 것은 적극행정을 조장·촉진하는 규범적 토대가 될 것으로 기대해볼 수 있다.

권익을 보호함을 목적으로 한다.”라고 정의하고 있다.

규율대상의 차이(행정전반을 대상으로 하는지/행정절차에 초점을 맞추는지)가 반영되어 있고, 구체적인 표현(행정의 민주성과 적법성/행정의 공정성, 투명성, 신뢰성)에 차이가 있지만, 궁극적으로 국민의 권익보호를 하는 것에 초점을 맞추고 있다는 점에서 동일하다고 할 수 있다. 양법의 목적조항만을 놓고 볼 때에는 그 차이가 크다고 이야기하기는 힘들다.

### 3. 다른 법률과의 관계

행정기본법(안) 제5조에서는 다른 법률과의 관계에 관해서 첫째, 행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따르며, 둘째, 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 한다고 규정하고 있다.<sup>30)</sup> 그리고 행정절차법 제3조에서는 적용범위와 관련하여 “처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.”라고 규정을 두고 있다.

현재 문언상으로만 보면 행정기본법(안)과 행정절차법이 상호간에 모순저촉되는 경우는 발견되지 않는다. 행정절차법의 규율에서 빠져 있는 부분에 대해서만 행정기본법(안)이 제정되었기 때문이다. 그러나 향후 행정기본법(안)의 운영과정에서 양법간의 우선순위가 문제되는 상황이 발생할 경우 이를 어떻게 처리할 것인지가 문제된다. 이 경우 신법우선의 원칙에 따르면 행정기본법(안)이 우선시될 수 있으며, 특별법우선의 원칙에 따르면 ‘행정절차’에 따른 특별법이라고 볼 수 있는 행정절차법이 우선시될 수 있다. 이 둘 중에 어느 원칙을 더 우선시할 것인지는 구체적 사안에 따라 달리 판단하게 될 것이다. 따라서 해석상의 혼란을 최소화하기 위해서

30) 이 규정 이외에도 다른 법령과의 관계를 다루고 있는 조문으로는 제6조 제1항, 제14조 제4항, 제24조 제5항, 제37조 제5항 등을 들 수 있다. 행정절차법과의 관계가 문제되는 조문은 제5조라고 볼 수 있어서 이 부분만을 다루도록 한다.

양자간에 모순저촉되는 상황이 발생하지 않도록 입법과정에서 신중을 기하는 것이 필요하다.<sup>31)</sup>

#### 4. 성실의무 및 신뢰보호의 원칙

행정기본법(안) 제11조 및 제12조에서는 성실의무, 권한남용금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙에 관한 규정을 다음과 같이 두고 있다.

제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙) ① 행정청은 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다.  
 ② 행정청은 행정권한을 남용하거나 그 권한의 범위를 넘어서는 아니 된다.

제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.  
 ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

우선 성실의무 및 권한남용금지의무 규정의 제정취지는 다음과 같이 제시되고 있다. 사법상 대원칙인 ‘신의성실의 원칙’을 행정법상 행정청의 ‘성실의무의 원칙’으로 수정하여 규정하였고, 판례에서 권한남용금지의 원칙을 법치국가 원리 또는 법치주의에 기초한 것으로 보면서 행정법상 권한남용금지의 원칙을 민법상 권리남용금지의 원칙과 구별하여 행정법의 고유한 법 원칙으로 선언한 것을 반영하기 위해 공무원의 권한남용을 금지하는 일반적 규정을 두었다는 것이다. 그리고 신뢰보호원칙과 실권의 원리는 기존의 학설과 판례에서 인정되던 법리를 명문화한 것으로 볼 수 있다.<sup>32)</sup>

31) 이러한 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 행정절차법을 포함한 통합법전으로서의 행정기본법이 제정될 필요가 있다. 이에 관한 논의를 하고 있는 문헌으로 김중권·김영수, “21세기 국가모형을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 『공법연구』 제41집 제3호, 2013이 있다.

32) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020. 6. 26면 및 29면.

위 규정과 신의성실 및 신뢰보호에 관한 행정절차법 제4조33)를 비교해보면 다음과 같다. 우선 행정절차법 제4조 제1항은 '신의에 따른 직무수행의무'와 행정기본법(안) 제11조 제1항은 '성실한 직무수행의무'는 모두 법의 기본원리로서의 신의성실원칙을 반영한 것으로 볼 수 있기 때문에 기본적으로는 같은 취지의 조문으로 이해해야 할 것이다. 다만 행정기본법(안) 제11조 제1항은 '법령에 따른' 성실한 직무수행의무를 언급하고 있기 때문에, 신의성실의 원칙 이외에도 행정의 법률적 합성의 원칙을 중첩적으로 반영하고 있는 것으로 볼 수 있다. 이러한 점에서는 약간의 차이가 있는 것으로 볼 수 있다.

그런데 이 규정에 따른 의무를 위반한 경우에 국가배상법 제2조에 따른 위법행위로 보아 국가배상책임을 인정할 수 있는지가 문제된다. 이는 직무상 의무위반의 문제가 된다고 볼 수 있는데, 주지하다시피 판례는 직무상 의무부과 규정의 사익보호성을 요구하는 태도를 보이고 있다.<sup>34)</sup> 사익보호성을 요구하는 판례 자체를 비판적으로 검토할 필요는 있으나, 일단 이러한 판례를 전제로 할 경우 행정절차법 제4조 제1항 및 행정기본법(안) 제11조 제1항에 대해서 이러한 사익보호성을 인정하기는 힘들 것으로 보인다. 이렇게 볼 경우 행정절차법 제4조 제1항 및 행정기본법(안) 제11조 제1항 위반만을 이유로 바로 국가배상이 가능한 것으로 보기는 곤란하다.

다음으로 행정절차법 제4조 제2항은 신뢰보호원칙에 대해서 규율하고 있는데 법령의 소급적용에 관해서만 제한적으로 규정을 두고 있다. 이에 비해 행정기본법(안) 제12조 제1항은 기존의 판례에 의해서 인정되고 있던 행정법의 기본원리로서의 신뢰보호원칙을 명문화하고 있다는 점에서 차이가 있다. 또한 행정기본법(안) 제12조 제2항은 판례 등에 의해서 인정되어 오던 실권의 법리를 담고 있는데, 이는 행정절차법에 존재하지 않는 규정을 명문화한 것으로 볼 수 있다.

33) 행정절차법 제4조(신의성실 및 신뢰보호) ① 행정청은 직무를 수행할 때 신의(信義)에 따라 성실히 하여야 한다.

② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

34) 이러한 판례에 대한 분석으로 류광해, "국가배상사건에서 있어서 '사익보호성'에 대한 판례 분석", 「법학연구」 제30권 제1호, 2019.



이렇게 보면 행정기본법(안)은 행정절차법에서 충분히 규율되지 못했지만 기존의 판례에서 넓게 인정되어 온 신뢰보호원칙, 실권의 법리 등을 규율하여 행정절차법의 입법적 공백을 메우고 있음을 볼 수 있다. 행정절차법을 비교법적으로 볼 때 행정법의 기본원리를 명시하는 것이 바람직한지, 그렇지 않은지에 대한 논쟁이 존재하는데, 이번 행정기본법(안)은 이를 명시하는 태도를 취했다. 이처럼 판례와 학설에 의해서만 인정되던 행정법의 기본원리를 법률에 명문화함으로써 이러한 기본원리들이 재판과정에서 보다 활발하게 인용될 것으로 기대해볼 수 있다.<sup>35)</sup>

#### IV. 처분

##### 1. 개관

행정기본법(안) 제3장 제1절에서는 처분에 관한 규정들을 두고 있다. 우선 동법 안에서는 처분의 개념을 행정절차법, 행정소송법의 그것과 동일하게 “행정청이 구체적 사실에 관하여 행하는 법 집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말한다”라고 정의하고 있다(제2조 제4호). 그리고 이러한 처분에 대해서 법 적용의 기준(제14조), 처분의 효력(제15조), 결격사유(제16조), 부관(제17조), 위법 또는 부당한 처분의 취소(제18조), 적법한 처분의 철회(제19조), 자동적 처분(제20조), 재량행사의 기준(제21조), 제재처분의 기준(제22조), 제재처분의 제척기간(제23조) 등의 규정을 두고 있다.

이 중에서 행정절차법과의 관계가 문제될 수 있는 부분으로 우선적으로 자동적 처분에 관한 규정을 들 수 있다. 자동적 처분의 경우에 행정절차법상의 절차적 의무가 배제되는지가 문제될 수 있기 때문이다. 다음으로 제재처분의 기준을 들 수 있다. 행정절차법에서 처분기준의 설정·공표에 관한 규정을 두고 있어서 양자간의 관계가 문제될 수 있기 때문이다.

35) Bell, John, “Comparative Administrative Law”, in: Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard (ed.), Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, 2006, p. 1278.

## 2. 자동적 처분

행정기본법(안)의 자동적 처분에 관한 규정의 내용은 다음과 같다.

제20조(자동적 처분) 행정청은 법령으로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, 처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.

이 규정의 제정취지는 “행정청이 완전히 자동화된 시스템이나 인공지능 기술을 적용한 시스템으로 처분을 할 수 있도록 하는 토대를 마련하여 제4차 산업혁명에 대응하고 행정의 디지털화를 촉진함”으로 설명되고 있다.<sup>36)</sup> 이는 독일의 완전자동화 행정행위에 관한 연방행정절차법 제35조의 a를 모델로 한 것이다.<sup>37)</sup>

그런데 이처럼 자동적 처분을 할 경우에 행정절차법에 따른 사전통지나 의견청취를 생략할 수 있는 사유가 되는지가 검토해볼 필요가 있다. 행정절차법 제21조 제4항, 제22조 제4항에서는 사전통지나 의견청취를 생략할 수 있는 사유를 들고 있는데, 이 중에서 특히 “해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”에 해당하는지 여부가 문제될 수 있기 때문이다. 즉, 행정기본법(안)의 자동적 처분은 재량이 없는 경우에만 인정되기 때문에 그 성질상 의견청취가 명백히 불필요한 경우로 볼 수 있다는 견해가 제시될 수 있다.

그러나 자동적 처분이 기속행위에 대해서만 적용된다고 해서 당연히 사전통지나 의견청취의 대상에서 배제되는 것으로 이해하는 것은 곤란할 것으로 보인다. 자동적 처분이 불이익처분에 대해서 인정될 경우도 있다는 점, 독일과 달리 기속행위에

36) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020. 6, 53면.

37) 이에 관한 선행연구로 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 『법조』 통권 제723호, 2017; 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로”, 『성균관법학』 제29권 제3호, 2017; 이재훈, “독일 연방행정절차법상 전자동화 행정행위 도입 및 주요 쟁점”, 『행정법학』 제16호, 2019; 김중권, “인공지능시대에 알고리즘에 의한 행위조종과 가상적 행정행위에 관한 소고”, 『공법연구』 제48집 제3호, 2020 등이 있다.

대해서도 우리나라 판례나 학설은 절차상 하자를 독립적인 취소사유로 보고 있다는 점 등을 고려할 때 자동적 처분이라고 하더라도 원칙적으로 행정절차법상의 사전통지, 의견청취 등을 거쳐야 할 것으로 보인다.<sup>38)</sup>

다음으로 자동적 처분에 대해서 행정절차법 제23조에 의한 이유제시의무가 어느 정도 수준으로 적용되는지도 문제될 수 있다. 인공지능에 기반한 행정작용에 대해서는 투명성을 어떻게 확보할 것인지, 특히 인공지능의 알고리즘의 투명성 확보문제가 주요한 문제로 대두되고 있다.<sup>39)</sup> 이와 관련해서는 인공지능 행정의 투명성을 확보할 수 있는 수준의 이유제시 정도가 판례 등에 의해 확보될 필요가 있다는 견해가 제시되고 있다.<sup>40)</sup> 이처럼 적극적인 해석을 통해 인공지능 행정의 투명성을 확보하는 것은 타당하다. 다만 행정절차법 제23조에 의한 이유제시의무가 해당 행정작용에 적용되는 알고리즘 일반에 대한 공개의무까지를 포함하는 것이라고 보기는 힘들 것으로 보이므로 향후 인공지능에 기반한 행정작용의 투명성을 보다 확보하기 위해서는 이러한 이유제시의무를 확장하는 입법적인 보완이 행정절차법에서 이루어질 필요가 있다.

### 3. 제재처분의 기준

행정기본법(안)은 제재처분의 기준에 관해서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

제22조(제재처분의 기준) ① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. 이 경우 제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 유사한 위반행위와의 형평성을 고려하여야 한다.

38) 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로”, 『성균관법학』 제29권 제3호, 2017, 180면; 김중권, “인공지능시대에 알고리즘에 의한 행위조종과 가상적 행정행위에 관한 소고”, 『공법연구』 제48집 제3호, 2020, 304면.

39) 이에 관한 선행연구로 양종모, “인공지능 알고리즘의 편향성, 불투명성이 법적 의사결정에 미치는 영향 및 규율 방안”, 『법조』 제66권 제3호, 2017; 선지원, “인공지능 알고리즘 규율에 대한 소고 - 독일의 경험을 중심으로 -”, 『경제규제와 법』 제12권 제1호, 2019; 고학수·박도현·이나래, “인공지능 윤리규범과 규제 거버넌스의 현황과 과제”, 『경제규제와 법』 제13권 제1호, 2020 등이 있다.

40) 임성훈, “인공지능 행정이 행정절차·행정소송에 미치는 영향에 대한 이론적 고찰”, 『행정법연구』 제62호, 2020, 160면.

② 행정청은 제재처분을 할 때에는 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 위반행위의 동기, 목적 및 방법
2. 위반행위의 결과
3. 위반행위의 횟수
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 경우로서 대통령령으로 정하는 사항

행정기본법(안) 제22조와 관련이 있는 행정절차법상의 규정으로 처분기준의 설정·공표에 관한 행정절차법 제20조<sup>41)</sup>를 들 수 있다. 행정기본법(안) 제22조는 제재처분에 국한된 것이고 행정절차법 제20조는 처분일반에 관한 것이어서 적용범위에 차이가 있기는 하지만, 행정절차법 제20조도 주로 제재처분을 염두에 둔 것이기 때문에 근본적인 차이가 있다고 보기는 힘들다. 행정기본법(안) 제22조 제1항은 제재처분의 기준을 ‘법률’에 정하는 경우를 규율하고 있고, 행정절차법 제20조는 처분기준을 행정청에서 ‘행정규칙 등’으로 정하는 경우를 규율하는 경우라는 점에서는 차이가 있다. 행정기본법(안) 제22조 제1항은 제재처분의 기준으로 ‘법률’에 정해져야 할 내용을 명시하고 있는데, 이는 국민에게 불이익한 효력이 발생하는 제재처분과 관련하여 법률유보의 원리를 구체화했다는 점에서 의미가 있는 것으로 볼 수 있다. 이처럼 양법은 처분기준을 규율하는 법령의 수준에 차이가 있다.

우선 행정절차법 제20조의 처분기준의 설정·공표와 관련해서는 다음과 같은 이슈가 존재한다. 처분기준을 설정·공표하지 않은 상태에서 제재처분이 이루어질 경우 절차상 하자로 볼 수 있는지의 문제가 그것이다. 이에 대해서 합의제 행정기관이 사전에 처분기준을 전혀 설정하지 아니하고 처분을 한 경우에는 행정절차법 제20조 제1항을 정면으로 위반한 것이므로, 행정처분은 절차상 하자가 있는 처분이며 위법하다는 견해가 제시되고 있다.<sup>42)</sup>

41) 행정절차법 제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.

② 제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다.

③ 당사자등은 공표된 처분기준이 명확하지 아니한 경우 해당 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

42) 오준근, “처분기준을 설정·공표하지 아니한 합의제 행정기관의 행정처분의 효력”, 『인권과 정의』 제378호,

대법원은 “행정청으로 하여금 처분기준을 구체적으로 정하여 공표하도록 한 것은 해당 처분이 가급적 미리 공표된 기준에 따라 이루어질 수 있도록 함으로써 해당 처분의 상대방으로 하여금 결과에 대한 예측가능성을 높이고 이를 통하여 행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하며 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하기 위한 것이다. 그러나 처분의 성질상 처분기준을 미리 공표하는 경우 행정목적을 달성할 수 없게 되거나 행정청에 일정한 범위 내에서 재량권을 부여함으로써 구체적인 사안에서 개별적인 사정을 고려하여 탄력적으로 처분이 이루어지도록 하는 것이 오히려 공공의 안전 또는 복리에 더 적합한 경우도 있다. 그러한 경우에는 행정절차법 제20조 제2항에 따라 처분기준을 따로 공표하지 않거나 개략적으로만 공표할 수도 있다.”<sup>43)</sup>라고 판시하여 행정절차법상 처분기준의 설정·공표의무를 매우 완화하여 해석하는 태도를 보이고 있다.

그런데 행정기본법(안)에도 유사한 문제가 발생할 수 있다. 즉, 행정기본법(안) 제22조 제1항의 내용을 준수하지 않은 경우, 다시 말해 주체, 사유, 유형, 상한 중 일부가 법률수준에서 열거되지 않은 상태에서 행정처분이 내려질 경우에 이를 재판에 의해서 통제하는 것이 가능할 것인지의 문제를 검토해볼 필요가 있다.

이에 대해서는 두 가지의 서로 다른 견해가 가능할 것으로 보인다. 첫째, 제재처분의 종류에 따라 법률에서 구체화할 수 있는 수준이 다양할 수 있기 때문에 바로 행정기본법(안) 제22조 제1항 위반을 인정하는 것은 적절치 않다는 견해이다. 즉, 행정기본법(안) 제22조 제1항은 어디까지나 입법지침으로서의 성격을 갖는 것으로 보아야 한다는 견해이다. 둘째, 제재처분의 투명성을 확보하기 위해서는 행정기본법(안) 제22조 제1항에 부합하지 않은 법률에 기해서 행정처분이 내려질 경우에는 바로 행정기본법(안) 제22조 제1항 위반을 이유로 위법성을 인정해야 한다는 견해이다. 이는 행정기본법(안) 제22조 제1항을 입법지침에 불과한 것으로 보지 않고 재판규범으로서의 성격을 인정하는 견해라고 할 수 있다.<sup>44)</sup>

2008, 145-146면.

43) 이러한 견해에 대법원은 “원심은 공증인법 제15조의2에 따른 공증인가는 지역별 사정과 공증수요를 고려하여 결정하여야 하므로 성질상 처분기준을 공표하는 것이 현저히 곤란한 경우에 해당한다고 판단하였다. 이러한 원심판단은 관련 법리에 비추어 수긍할 수 있고, 원심판단에 상고이유 주장과 같이 행정절차법상 처분기준 사전공표 의무 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다”라고 판시하였다.(대법원 2019. 12. 13. 선고 2018두41907 판결)

사건으로는 원칙적으로 두 번째 견해가 타당하다고 생각한다. 이 규정을 입법지침에 불과한 것으로 볼 경우에는 제재처분의 투명성을 확보하고자 하는 법안의 취지가 몰각될 우려가 크기 때문이다. 다만 제재처분의 분야에 따라 법률에서 구체화하는 데에 한계가 있는 경우가 발생할 수가 있기 때문에 규율밀도에 있어서는 제재처분의 분야별로 다양성을 인정하는 것이 타당할 것으로 보인다.

그리고 행정기본법(안)에 의해서 ‘법률’ 단위에서 제재처분의 기준이 구체적으로 규율될 경우에는 행정절차법에 따라 처분기준을 행정청에서 ‘행정규칙’ 등으로 정하는 것은 이러한 법률의 범위 내에서만 가능해진다는 점에서 행정기본법(안)의 내용이 행정절차법에 따른 운영실무에 일정한 영향을 미칠 것으로 예상해볼 수 있다. 또한 행정기본법(안) 제22조 제2항은 제재처분시에 고려해야 할 사항들을 열거하고 있는데 이러한 사항들은 행정절차법 제20조 제1항에 따라 처분기준을 구체적으로 정할 때 고려되어야 하는 요소들이 된다. 이러한 점에서 양 법률은 보완적인 관계에 놓인다고 볼 수 있다.

## V. 공법상 계약

### 1. 개관

행정기본법(안)에서는 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있다. 공법상 계약의 체결(제29조), 공법상 계약의 변경·해지 및 무효(제30조)에 관한 규정들이 그것이다. 행정기본법(안)의 공법상 계약에 관한 규정을 우선적으로 살펴보면 다음과 같다.

44) 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과 정의」 제491호, 2020 및 ‘행정기본법 제정안 충청권 온라인 공청회’에서 최선웅 교수(충북대학교 법학전문대학원)의 견해 등은 행정기본법 개별규정(특히 적극행정규정)의 재판규범성 문제를 지적한 것으로 볼 수 있는데 이러한 논의를 확대해보면 처분기준에 관한 규정의 재판규범성에 대해서도 위와 같은 서로 다른 견해가 제시될 수 있다.

제29조(공법상 계약의 체결) ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(이하 “공법상 계약”이라 한다)을 체결할 수 있다. 이 경우 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다.

② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.

제30조(공법상 계약의 변경·해지 및 무효) ① 행정청 또는 계약 상대방은 공법상 계약이 체결된 후 중대한 사정이 변경되어 계속하여 계약 내용을 이행하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 경우에는 계약 내용의 변경을 요구할 수 있다.

② 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 공법상 계약을 해지할 수 있다.

1. 제1항에 따른 계약 내용의 변경이 불가능하거나 변경 시 계약당사자 어느 한쪽에 매우 불공정할 경우
2. 공법상 계약을 이행하면 공공복리에 중대한 영향을 미칠 것이 명백한 경우

③ 공법상 계약의 일부분이 무효일 때에는 그 전부를 무효로 한다. 다만, 그 무효 부분이 없더라도 공법상 계약을 체결하였을 것이라고 인정되는 경우에는 나머지 부분은 무효로 하지 아니한다.

위 행정기본법(안)의 제정이유는 다음과 같이 설명되고 있다. 우선 제29조 제1항은 법률우위 원칙에 따라 행정청은 법령등을 위반하지 않는 범위에서 행정 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약을 체결할 수 있도록 하고, 계약을 체결할 때에는 계약의 목적, 내용을 명확히 적도록 하는 등 서면계약으로서 공법상 계약의 형식을 명확히 하였으며, 제2항은 공법상 계약의 특수성을 강조하는 의미에서 행정청이 공법상 계약을 할 때에는 계약의 공공성 및 제3자의 이해관계를 고려하도록 하였다는 것이다.<sup>45)</sup>

다음으로 제30조 제1항은 행정청 또는 계약 상대방은 공법상 계약이 체결된 후 중대한 사정이 변경되어 계속하여 계약 내용을 이행하는 것이 신의성실의 원칙에

45) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020. 6, 75-76면.

반하는 경우에는 계약 내용의 변경을 요구할 수 있도록 권한을 부여하였다. 제2항에서는 행정청에게 허용된 공법상 계약의 해지 사유를 명시하여 그 한계를 명확히 규정함으로써 예측할 수 없었던 사유로 인한 계약 상대방의 권리를 보호하는 취지이다. 제3항은 공법상 계약의 일부무효에 관한 민법 규정의 준용여부가 해석상 문제될 수 있으므로 이를 명확하게 하기 위하여 확인적 차원에서 계약의 일부무효에 관한 규정을 마련하였고, 그 밖에 공법상 계약의 무효 여부에 대해서는 법률에서 일의적으로 규정하지 않고 판례에 의해서 법리가 형성될 수 있도록 하였다<sup>46)</sup>

우리나라 행정절차법에서는 공법상 계약에 관한 규정은 두지 않고 있는데, 이는 공법상 계약에 관한 규정을 행정절차법에 두고 있는 독일과 차이가 있다.<sup>47)</sup> 이러한 점 때문에 행정절차법에 공법상 계약에 관한 규정을 두어야 한다는 견해가 많았고, 이번에 행정기본법(안)에서 이러한 의견을 반영한 것으로 볼 수 있다.<sup>48)</sup>

위와 같은 입법내용 중 가장 주목할 점은 공법상 계약의 체결의 일반적인 법률상 근거가 제29조 제1항에 마련되었다는 점이다. 그동안 공법상 계약과 관련하여 법률상 근거가 필요한 지에 대해서 논란이 있었는데 위 규정이 들어옴으로써 일반적인 법률상 근거가 마련되어 향후 공법상 계약의 활성화에 기여하게 될 것으로 보인다. 다만 조세법이나 경찰법과 같은 고권적인 행정영역에서도 위 규정만으로 공법상 계약의 체결이 자유롭게 가능하다고 볼 것인지는 의문의 여지가 있다. 행정기본법(안) 제29조 제1항에서는 공법상 계약의 체결이 '법령의 범위 안'에서 가능하다고 되어 있기 때문에 고권적인 행정영역에서 행정처분만이 가능하도록 한다는 취지가 명확할 경우에는 공법상 계약의 체결이 허용되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다.<sup>49)</sup>

46) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020. 6. 76면.

47) 행정절차법에 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있다는 점에서 독일 행정절차법이 다른 유럽국가들의 행정절차법과 구별된다는 점이 지적되고 있다. 유럽국가들 중 공법상 계약에 관한 규정을 행정절차법에 두고 있는 사례는 독일 이외에 크로아티아, 폴란드 등 소수이다. Auby, Jean-Bernard (ed.), Codification of Administrative Procedure, Bruylant, 2013, loc 528 of 11066. (Kindle version)

48) 이에 관한 주장이 행정법학계에서 지속적으로 제기되어 왔다. 장교식, "행정절차법의 운용과 전망", 「토지공법연구」 제53집, 2011, 269-270면; 김병기, "행정절차법 개정을 통한 행정계약법 총론의 법제화방안", 「행정법학」 제5호, 2013, 172-173면; 오준근, "행정절차법·행정쟁송법의 제·개정과 공법학자의 역할", 「공법연구」 제44집 제1호, 2015, 309면.

49) 독일에서도 법률에서 행정행위에 의해서 행정작용을 하는 것이 명확한 경우에는 공법상 계약의 체결이 허



행정기본법(안)에 들어간 공법상 계약은 행정절차법과의 관계에서 몇 가지 논의가 나타날 수 있다. 첫째, 독일에서 인정되고 있는 행정처분을 대체하는 공법상 계약의 개념을 인정할 수 있는가 하는 점이다. 둘째, 처분에 관한 행정절차법의 규정이 어느 정도까지 공법상 계약에 적용될 수 있는가 하는 점이다. 특히 국가나 지방자치단체가 계약변경을 요구하거나 해지할 경우 이에 대해서 처분성을 인정할 수 있는지가 문제된다. 차례로 살펴보도록 한다.

## 2. ‘행정처분을 대체하는 공법상 계약’의 인정여부

행정기본법(안)의 내용을 보면 독일의 연방행정절차법의 내용을 일부 참조하면 서도, 독일 연방행정절차법에서 규정을 두고 있는 ‘행정행위를 대체하는 공법상 계약’(소위 종속적 행정계약)의 개념(제54조 제2문)이나 공법상 계약의 무효사유(제59조)에 관해서는 규율하지 않음으로써 독일의 연방행정절차법의 규정에 비해 매우 간략한 모습을 보이고 있음을 알 수 있다.<sup>50)</sup>

이러한 입법태도는 우리나라에서 ‘행정행위(행정처분)를 대체하는 공법상 계약’의 인정여부에 대해서 학계에서 논란이 있을 뿐만 아니라 이에 해당하는 실무사례가 명확하지 않은 점의 영향을 받은 것으로 보인다. 독일 연방행정절차법 제59조 제2항의 공법상 계약의 무효사유의 경우도 ‘행정행위를 대체하는 공법상 계약’ 개념과 연결되기 때문에 이에 관한 내용을 행정기본법 정부안에서 배제한 것을 볼 수 있다.

그러나 위와 같은 입법태도를 해석상 ‘행정처분을 대체하는 공법상 계약’을 금지하겠다는 취지로 이해하는 것은 곤란하며 이 부분은 학설과 판례에 맡겨진 것으로 이해하는 것이 타당할 것으로 보인다.<sup>51)</sup>

용되지 않는다고 본다. Maurer·Waldoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auf., München, 2017, S. 436.

50) 독일 연방행정절차법이 제정되던 당시(1976년)에 행정행위가 주된 행정작용형식이었고 행정계약은 그리 많이 사용되지 않았다. 그나마 사용되던 것이 행정행위를 대체하는 행정계약(종속적 계약)이었고, 이것이 연방행정법의 주된 규율대상이 되었다. Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht”, Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grunlagen des Verwaltungsrecht, Band II (2. Auf.), München, 2012, S. 505.

### 3. 공법상 계약의 변경과 해지

행정기본법(안) 제30조에서 공법상 계약의 구속력의 한계와 관련되는 계약의 변경 또는 해지에 관한 규정을 두고 있는 것은 그동안 학설상으로만 논의되었던 내용을 명문화한다는 점에서 의미가 큰 것으로 볼 수 있다. 그런데 이러한 국가나 지방자치단체가 공법상 계약에 대해서 변경을 요구하거나 해지할 경우 이에 대해서 처분성을 인정할 수 있는지가 문제된다. 만약 처분성을 인정할 경우에는 행정절차법상의 사전통지, 의견청취, 이유제시 등의 규정을 모두 거쳐야 하는 결론에 이를 수 있다.

국가나 지방자치단체가 체결한 계약을 해지하는 행위와 관련하여 대법원은 “행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당 하는 것인지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다.”<sup>52)</sup>라는 일반기준을 제시하면서 공법상 계약의 해지에 의해 발생하는 법 효과(원상회복의무)의 이행을 강제하기 위해 관계법령에 출연금 환수 등의 행정상 강제수단이 규정되어 있는 경우에는 행정처분이라고 보고, 관계법령에 그와 같은 행정상 강제수단이 규정되어 있지 아니한 경우에는 공법상 계약의 해지에 불과한 것으로 보고 있다.

그런데 법령에 행정상 강제수단이 규정되어 있는지 여부를 기준으로 공법상 계

51) 독일에서는 연방행정절차법에서 행정행위를 대체하는 행정계약에 관한 규정을 두고 있기 때문에 이 개념을 인정할 수 있지만, 이에 관한 규정을 두지 않고 있는 우리나라에서는 학설이나 판례만을 가지고 이 개념을 인정하는 것은 곤란하다는 견해가 제시될 수 있다. 그러나 독일의 경우에도 연방행정절차법의 제정 이전부터 학설이나 판례에 의해서 행정행위를 대체하는 행정계약의 개념이 이미 인정되고 있었다.(Schmidt-Aßmann, 위의 글, S. 505) 우리나라 학계에서도 법률상 근거가 없음에도 불구하고 이 개념을 인정하는 것이 다수의 견해인 것으로 보인다.(박군성, 행정법강의, 제16판, 박영사, 2019, 352면; 정하중, 행정법개론, 제14판, 법문사, 322면 등) 따라서 이에 관한 법률상 근거가 없다는 이유로 행정행위를 대체하는 행정계약의 개념을 부인할 필요는 없을 것으로 보인다. 다만 이 개념은 남용될 가능성이 존재하기 때문에 향후 행정기본법의 개정을 통해 이에 관한 근거를 마련해두는 것이 바람직하다.

52) 대법원 1996. 5. 31. 선고 95누10617 판결; 대법원 2014. 4. 24. 선고 2013두6244 판결 등.

약과 행정처분을 구분하는 것이 그렇게 명확한 기준이라고 보기는 힘들다. 개별법령에서 계약해지의 효과에 대해서 어느 정도의 규정을 두고 있어야 계약해지를 처분으로 볼 수 있는지가 명확하다고 보기 힘들기 때문이다. 또한 공법상 계약의 해지를 행정처분으로 보는 것은 공법상 계약 법리의 행정행위법리에의 종속성을 심화시킴으로써 공법상 계약 법리의 독자적인 법리를 저해하는 문제점도 있다.<sup>53)</sup>

이러한 점을 고려하면 행정기본법(안)에 따른 공법상 계약의 변경이나 해지에 대해서 행정절차법상의 처분절차규정을 적용하는 것은 적절하지 않을 것으로 보인다. 다만 계약상대방의 보호를 위한 적절한 절차가 마련될 필요는 존재하며 이는 행정기본법(안) 시행령 등을 통해 구체화하는 것이 향후 필요할 것으로 보인다.

다음으로 독일이나 대만의 행정절차법에서는 공익상 이유로 한 계약해지에 따른 손실보상에 관한 규정을 두고 있음에 비해(독일의 경우에는 행정행위의 철회·직권 취소에 따른 손실보상 규정을 준용하고 있다),<sup>54)</sup> 우리나라 행정기본법에서는 이에 관한 명문의 규정을 두지 않고 있다는 점에서 아쉬움이 있다. 이 부분은 향후 입법적인 보완이 필요할 것으로 보인다.

공법상 계약의 해지를 처분으로 볼 것인지의 문제는 여전히 해석상 문제가 남아 있다고 할 수 있다. 만약 처분으로 보게 될 경우에는 행정절차법의 적용이 이루어질 가능성이 있는데 행정기본법(안) 제30조의 취지가 이러한 가능성을 배제하는 것으로 해석할 것인지, 아니면 이러한 해석가능성을 남겨둘 것인지는 향후 판례의 형성을 지켜보아야 할 것이다.

53) 독일에서도 공법상 계약의 해지에 대해서 행정행위로서의 성격을 인정하지 않는 것이 일반적이다. 김대인, “공법상 계약의 법리에 대한 고찰 - 행정행위와의 구별을 중심으로”, 「유럽헌법연구」 제23호, 2017, 220면 및 236-237면; Schlette, Volker, Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen, 2000, S. 627.

54) 독일 연방행정절차법 제62조, 제48조 제3항, 제49조 제6항.

## VI. 신고

### 1. 개관

행정기본법(안)은 신고에 대한 규정을 다음과 같이 두고 있다.

제35조(수리 여부에 따른 신고의 효력) ① 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우는 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.

② 제1항에 따른 수리가 필요한 신고에 해당하지 아니하는 경우 그 신고의 효력은 「행정절차법」 제40조제2항에 따른다.

행정기본법(안)의 제정취지는 다음과 같이 설명되고 있다. 현행법상 1,300여개의 신고는 신고서가 행정청에 도달하면 효력이 발생하는 ‘자기완결적 신고’와 행정청이 수리하여야 효력이 발생하는 소위 ‘수리가 필요한 신고’로 나뉘어져 있어 국민이나 일선공무원이 이를 명확하게 구별하는 것은 쉽지 않아 혼란이 발생하고 있는데, 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에만 수리가 필요한 신고로 보고, 나머지는 자기완결적 신고로 보아 행정절차법의 적용의 반계 함으로써 신고의 효력에 대한 혼란을 해소하고, 신고 제도가 투명하고 예측 가능하게 운영되도록 하였다는 것이다.<sup>55)</sup>

그동안 학계에서는 수리를 요하는 신고와 수리를 요하지 않는 신고의 구별이 어렵다는 문제점이 계속하여 지적되어 왔는데<sup>56)</sup> 이번에 이를 입법적으로 해결하려고 한 것으로 볼 수 있다. 이 규정에 의해서 수리를 요하는 신고는 행정기본법에 의해서 규율되고, 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)는 행정절차법에서 규

55) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020. 6, 97-98면.

56) 양자의 구분이 불명확하다는 점에 대해서는 학계에서도 많은 지적이 있어 왔다. 김중권, “정보제공적 신고로서의 집회신고의 공법적 의의에 관한 소고”, 「안암법학」 제43호, 2014; 홍강훈, “소위 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분가능성 및 신고제의 행정법 Dogmatik을 통한 해결론”, 「공법연구」 제45집 제4호, 2017 등 다수가 있다.

올되는 상황<sup>57)</sup>이 되었다고 할 수 있다. 그런데 신고에 관한 규율이 이렇게 이원화된 것에 대해서는 어떻게 볼 것인지에 대한 검토가 필요하다.

## 2. 수리를 요하는 신고와 수리를 요하지 않는 신고의 구별

행정기본법(안)에서 “법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는지” 여부를 기준으로 수리를 요하는 신고여부가 결정되도록 하였다는 점에서 양자의 구별 기준을 보다 명확하게 했다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있다. 다만 판례는 현재 이러한 명시적인 규정이 없는 경우에도 수리를 요하는 신고로 보는 경우들이 존재하는데,<sup>58)</sup> 위 규정이 신설됨으로 인해 이러한 판례들이 전면적으로 변경될 것인지는 의문이다. 개별법령에서의 신고관련규정을 행정기본법의 신고관련규정에 대한 특별규정으로 보아 “법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는지” 여부에 불구하고 수리를 요하는 신고를 인정할 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 또는 개별법령의 취지의 확장해석을 통해 “법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시”된 것으로 해석하는 경우도 발생할 수 있다.

따라서 행정기본법(안)의 취지가 제대로 반영되기 위해서는 개별법령의 입법적인 개선도 필요할 것이며, 판례도 행정기본법(안)을 우선적으로 고려한 판단이 향후 이루어질 필요가 있을 것이다. 그리고 궁극적으로는 수리를 요하는 신고와 수리

57) 행정절차법 제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것

③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.

④ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.

58) 인허가의제효과를 수반하는 건축신고를 수리를 요하는 신고로 본 사례를 그러한 예로 볼 수 있다.(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결)

를 요하지 않는 신고를 하나의 법률에서 통일적으로 규율함으로써 양자간의 관계를 보다 명확하게 이해할 수 있도록 하는 것이 필요하다.<sup>59)</sup>

또한 위 행정기본법(안)의 규정은 ‘수리를 요하는 신고’와 ‘수리를 요하지 않는 신고’의 구별이라는 2분법에 입각한 것이나, 최근에 양자의 성격을 함께 갖는 하이브리드형의 신고들도 나타나고 있다는 지적이 있다. 대법원은 “2017. 1. 17. 개정 전 구 건축법은 가설건축물이 축조되는 지역과 용도에 따라 허가제와 신고제를 구분하면서, 가설건축물 신고와 관련하여서는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 ‘국토계획법’이라 한다)에 따른 개발행위허가 등 인·허가 의제 내지 협의에 관한 규정을 전혀 두고 있지 아니하다. 이러한 신고대상 가설건축물 규제 완화의 취지를 고려하면, 행정청은 특별한 사정이 없는 한 개발행위허가 기준에 부합하지 않는다는 점을 이유로 가설건축물 축조신고의 수리를 거부할 수는 없다”<sup>60)</sup>라고 판시한 바 있는데, 이 판결에 대해서 가설건축물 축조신고는 건축신고와 마찬가지로 기본적으로 자기완결적 신고이지만 수리라는 용어를 사용하고 처분성을 인정하고 있으므로 하이브리드형 신고로 볼 수 있다는 것이다.<sup>61)</sup>

행정기본법(안)과 행정절차법은 이처럼 2분법으로 충분히 설명되지 못하는 신고 유형들을 충분히 반영하기 힘든 한계가 존재한다. 이러한 점에서도 신고에 관해서 단일 법률에서 통일적으로 규율하면서 하이브리드형의 신고들도 다룰 수 있는 여건을 마련하는 것이 필요할 것으로 보인다.

59) 신고에 관한 규정을 향후 통합적으로 단일법률에서 규율하게 될 경우에는 현행 학설, 판례를 고려하여 법령에서 형식적 요건에 대한 심사규정만을 두고 있는 경우에는 수리를 요하지 않는 신고로 보고, 실질적 요건에 대한 심사까지 필요하도록 하고 있는 경우에는 수리를 요하는 신고로 본다는 취지가 반영될 필요가 있다.

60) 대법원 2019. 1. 10. 선고 2017두75606 판결.

61) 김용섭, “2019년 행정법(I) 중요판례평석”, 「인권과 정의」 제488호, 2020, 76-77면.

## Ⅶ. 행정입법

### 1. 개관

행정기본법(안) 제4장에서는 행정의 입법활동에 관한 다양한 규정들을 두고 있다. 행정의 입법활동(제39조), 규제에 관한 법률등의 입안·정비 원칙(제40조), 행정법제의 개선(제41조), 법령해석(제42조), 정부 법제업무 운영규정(제43조)에 관한 규정이 그것이다.

행정절차법 제4장은 행정상 입법예고에 관한 규정을 두고 있다. 행정상 입법예고(제41조), 예고방법(제42조), 예고기간(제43조), 의견제출 및 처리(제44조), 공청회(제45조) 등이 그것이다. 국민참여의 확대에 관한 규정(제52조)도 행정입법절차에도 적용되는 규정으로 볼 수 있다.

행정절차법은 입법예고절차에 초점을 맞추고 있고, 행정기본법은 행정입법의 내용에 초점을 맞추고 있어서 기본적으로 양자가 중복된다고 하기는 힘들지만, 행정기본법(안)의 입법활동의 기준은 행정절차법과의 관계가 문제될 수 있다. 이어서 살펴보도록 한다.

### 2. 행정입법의 기준과 절차

행정기본법(안)에서는 행정의 입법활동의 기준에 대해서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

행정기본법(안) 제46조(행정의 입법활동) ① 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정·개정·폐지하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함하며, 이하 이 장에서 “행정의 입법활동”이라 한다)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다.

② 행정의 입법활동은 다음 각 호의 기준에 따라야 한다.

1. 일반 국민 및 이해관계자로부터 의견을 널리 수렴하고 관계 기관과 충분한 협의를 거쳐 책임 있게 추진되어야 한다.

2. 법령등의 내용과 규정은 다른 법령등과 조화를 이루어야 하고, 법령등 상호 간에 중복되거나 상충되지 아니하여야 한다.
3. 법령등은 일반 국민이 그 내용을 쉽고 명확하게 이해할 수 있도록 알기 쉽게 만들어져야 한다.
- ③ 정부는 매년 해당 연도에 추진할 법령안 입법계획(이하 “정부입법계획”이라 한다)을 수립하여야 한다.

행정기본법(안) 제46조 제1항에서는 행정의 입법활동시에 “헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 여기의 법령 등에서 정한 절차에는 행정절차법상의 입법예고절차도 당연히 포함되는 것으로 볼 수 있다.

다음으로 행정기본법(안) 제46조 제2항에서는 행정의 입법활동의 기준으로 “일반 국민 및 이해관계자로부터 의견을 널리 수렴하고 관계 기관과 충분한 협의를 거쳐 책임 있게 추진되어야 한다”라고 규정을 두고 있다. 이 규정은 행정의 입법절차와 관련하여 일정한 의무를 행정에 부과하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>62)</sup>

이 규정과 비교해볼 행정절차법상의 규정으로 국민참여의 확대에 관한 규정<sup>63)</sup>을 들 수 있다. 양자의 문언상의 차이, 즉 “의견을 수렴하여 책임 있게 추진되어야 한다”[행정기본법(안)]과 “다양한 참여방법과 협력의 기회를 제공하도록 노력하여야 한다”(행정절차법)을 비교해보면 행정기본법(안)의 입법활동 기준에서 좀 더 강화된 의무를 부과하고 있는 것으로 해석해볼 수 있다. 이렇게 볼 경우 단순히 입법예고절차를 거친 것만으로 국민의 수렴을 충분히 한 것으로 간주하는 것은 곤란할 것이며 입법예고 및 공청회가 실질적으로 국민의 수렴을 충분히 할 정도가 되어야 할 것이다.

그렇지 못할 경우 당해 행정입법이 행정기본법(안)의 기준에 위반되어 간접적 규

62) 2020년 10월 30일 개최된 행정법포럼의 플로어토론에서 강현호 교수(성균관대학교 법학전문대학원)는 행정기본법이 처분의 상대방 보호에만 관심을 기울이고, 제3자에 대한 보호에는 관심을 덜 기울이고 있다는 견해를 제시하고 있다. 행정의 입법활동시에 일반 국민 및 이해관계자로부터의 의견수렴의무를 충실하게 이행할 경우에는 실질적으로 개별처분에서의 제3자 보호의 효과를 낼 수 있을 것으로 보인다.

63) 행정절차법 제52조(국민참여 확대노력) 행정청은 행정과정에 국민의 참여를 확대하기 위하여 다양한 참여방법과 협력의 기회를 제공하도록 노력하여야 한다.



법통제(헌법 제107조 제2항)의 대상이 될 가능성이 있는 것으로 해석해볼 수 있다. 이처럼 행정기본법(안)의 입법활동의 기준이 재판규범으로 기능할 경우에는 행정입법절차에도 여러 가지 영향을 미치게 될 것으로 기대된다.

## VIII. 결론

2020년 10월 현재 국회에 계류 중인 「행정기본법(안)」은 개별법령에 의해서 분산적으로 규율되던 행정법이 체계적으로 규율됨으로써 국민의 권익을 보호하고 행정의 투명성과 효율성을 높일 것이라는 기대를 낳고 있다. 이러한 기대가 현실화되기 위해서는 체계정당성의 차원에서 행정절차법과의 관계정립이 이루어질 필요가 있다.

외국의 법제를 보면 일반행정작용에 대한 규율방식은 크게 1) 행정절차법 모델(독일, 스페인, 미국, 일본, 대만)과 2) 일반행정법 모델(네덜란드, 몽골)로 나누어 진다고 할 수 있다. 프랑스는 양 모델의 중간에 위치하는 것으로 볼 수 있다. 우리나라의 행정기본법(안)은 네덜란드의 일반행정법전 모델(통합법 모델)에서 출발하였지만 행정절차법, 행정심판법의 규율내용을 제외하고 있다는 점에서 통합법적 성격이 약화된 것으로 볼 수 있다. 그리고 독일 연방행정절차법의 영향으로 공법상 계약 등 「행정절차법」의 규율대상에서 제외된 행정작용에 관한 절차를 규율하고 있어 실질적으로 절차법적인 성격도 병유하고 있는 것으로 볼 수 있다.

행정기본법(안)의 제정필요성은 존재한다. 분산된 행정법령 체계에 질서를 부여함으로써 행정에 대한 국민의 예측가능성을 제고할 수 있다는 장점이 존재하기 때문이다. 다만 이러한 장점이 최대화되기 위해서는 행정기본법(안)과 행정절차법간의 관계를 제대로 정립하는 것이 필요하다.

행정기본법(안)과 행정절차법간의 관계를 검토해보면 양자가 직접적으로 모순저촉되는 경우는 찾기 힘든데 이는 행정기본법(안)이 행정절차법의 규율대상과 겹치지 않는 경우에 초점을 맞추어 규율을 시도하고 있기 때문이다. 행정절차법은 ‘처분’의 ‘절차’ 위주로 규율하고 있는 반면에, 행정기본법은 ‘처분 이외의 행정작용’(예를 들어 공법상 계약)에 대한 ‘실체’ 및 ‘절차’에 관해 규율을 하고 있고, ‘처분’

과 관련해서도 ‘실체’적인 규율을 하고 있다. 그 외에도 행정기본법은 입법지침 및 해석지침 등에 대해서도 규율을 두고 있다.

이처럼 양법의 규율범위는 일단 구분되면서도, 행정법의 기본원리, 처분, 공법상 계약, 신고, 행정입법, 확약, 위반사실의 공표, 행정계획 등의 측면에서 양법은 다양한 관계를 보여준다. 1) 행정기본법(안)은 행정절차법의 규율에서 제외되어 있는 부분들을 보완해주는 역할을 하며(실권의 법리, 공법상 계약 등), 2) 행정기본법(안)은 행정절차법과의 결합을 통해 행정절차를 보다 강화하는 역할을 한다(제재처분의 기준, 입법절차 등).

프랑스의 법전화 작업에서 볼 수 있듯이 행정기본법은 기존의 학설, 판례를 반영하면서도 동시에 향후의 행정법의 발전방향을 제시해주는 역할을 해야 한다. 이러한 역할을 담당하기 위해서는 행정절차법과의 관계에서 다음과 같은 점들을 고려해야 한다. 첫째, 개별쟁점별로 행정기본법과 행정절차법이 2원적으로 규율함으로써 인해 해당 공법상 작용에 대한 총체적인 규율이 어려워지는 경우가 발생할 수 있는데(신고가 대표적인 예이다), 이러한 경우에는 어느 한 쪽 법률에서 합쳐서 규율하는 것이 바람직하다.

둘째, 행정기본법이 단순한 행위규범에 머물지 않고 재판규범의 성격까지 갖는 경우가 충분히 발생할 수 있다. 물론 어느 정도의 밀도로 재판규범으로 활용될 수 있는지는 행정기본법(안)에 들어간 규정에 따라 다양하게 보아야 할 것인데, 최소한 행정절차법과 규율이 겹치는 절차관련 규정들은 헌법상의 적법절차의 원리의 구체화라는 측면에서 재판규범성을 원칙적으로 인정해야 한다.

셋째, 장기적으로 행정기본법과 행정절차법은 통합될 필요가 있다. 이렇게 될 경우 양법의 우선순위에 대한 불필요한 논란을 막을 수 있고, 행정법 전반을 보다 체계적으로 다루는 것이 가능해질 것이다. 네덜란드의 일반행정법전의 발전과정에서 보는 바와 같이 점진적으로 행정기본법의 규율범위를 넓힘으로써 행정법 전반의 실질적인 토대가 마련되도록 할 필요가 있다.<sup>64)</sup>

64) 2020년 10월 30일 개최된 행정법포럼에서 지정토론을 맡은 성중탁 교수(경북대학교 법학전문대학원)은 행정조사에 관한 규율도 행정기본법에 포함시킬 필요가 있다는 견해를 제시하였다. 행정조사가 행정처분의 과정에서 차지하는 중요한 의미를 고려할 때 장기적으로 행정조사기본법도 행정기본법 체계에 포섭시켜볼 필요가 있다.

## 참고문헌

### I. 국내문헌

- 강지은, “프랑스 행정절차법상 일방적 행정행위: 행정절차법전 제2권의 주요개념 및 해석원리를 중심으로”, 「행정법연구」 제49호, 2017.
- 고학수·박도현·이나라, “인공지능 윤리규범과 규제 거버넌스의 현황과 과제”, 「경제규제와 법」 제13권 제1호, 2020.
- 권채리, “프랑스 행정절차법의 제정과 그 특징 - 행정과정의 민주화와 투명성의 지향 -”, 「행정법학」 제18호, 2020.
- 김대인, “공법상 계약 관련판례에 대한 고찰”, 「특별법연구」 제9권, 2011.
- 김대인, “공법상 계약의 법리에 대한 고찰 - 행정행위와의 구별을 중심으로”, 「유럽헌법연구」 제23호, 2017.
- 김병기, “행정절차법 개정을 통한 행정계약법 총론의 법제화방안”, 「행정법학」 제5호, 2013.
- 김용섭, “2019년 행정법(I) 중요판례평석”, 「인권과 정의」 제488호, 2020.
- 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과 정의」 제491호, 2020.
- 김재선, “미국 행정절차법상 행정입법절차와 그 사법상 통제 - 행정입법에 대한 실질적 분류와 절차적 통제 논의를 중심으로 -”, 행정법학 제17호, 2019.
- 김중권·김영수, “21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 「공법연구」 제41집 제3호, 2013.
- 김중권, “정보제공적 신고로서의 집회신고의 공법적 의의에 관한 소고”, 「안암법학」 제43호, 2014.
- 김중권 외, 21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 위한 연구, 한국공법학회, 2016.
- 김중권, “인공지능시대에 완전자동적 행정행위에 관한 소고”, 「법조」 통권 제723호, 2017.
- 김중권, EU 행정법연구, 법문사, 2018.
- 김중권, “인공지능시대에 알고리즘에 의한 행위조종과 가상적 행정행위에 관한 소고”, 「공법연구」 제48집 제3호, 2020.
- 김철용, “계획행정절차의 도입문제”, 「행정법연구」 제4호, 1999.
- 김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 「법조」 제68권 제4호, 2019.
- 류광해, “국가배상사건에서 있어서 ‘사익보호성’에 대한 판례 분석”, 「법학연구」 제30권 제1호, 2019.
- 박균성, 행정법강의, 제16판, 박영사, 2019.
- 박재운, “EU 행정절차법 제정논의와 시사점 - 모델규칙상 개별처분절차를 중심으로 -”, 「행정법연구」 제60호, 2020.
- 박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.

- 박정훈 외, 규제개혁의 이념과 구체적 방안에 관한 연구, (재)행복세상 연구용역보고서, 2011.
- 박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론-”, 「공법연구」 제38집 제1호 제1권, 2009.
- 서윤희, “입법이론에서의 체계정당성”, 「통일인문학」 제65호, 2016.
- 선정원, 행정법의 작용형식, 경인문화사, 2019.
- 선지원, “인공지능 알고리즘 규율에 대한 소고 - 독일의 경험을 중심으로 -”, 「경제규제와 법」 제12권 제1호, 2019.
- 성중탁, “현대 사회국가와 행정법의 과제”, 「공법학연구」 제19권 제2호, 2018.
- 양종모, “인공지능 알고리즘의 편향성, 불투명성이 법적 의사결정에 미치는 영향 및 규율 방안”, 「법조」 제66권 제3호, 2017.
- 오준근, “처분기준을 설정·공표하지 아니한 합의제 행정기관의 행정처분의 효력”, 「인권과 정의」 제378호, 2008.
- 오준근, “행정절차법·행정쟁송법의 제·개정과 공법학자의 역할”, 「공법연구」 제44집 제1호, 2015.
- 윤강욱·박훈민, “네덜란드 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고”, 「행정법 연구」 제50호, 2017.
- 이광운·김철우, “행정조달계약의 성질에 대한 연구 - 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 중심으로”, 「성균관법학」 제28권 제2호, 2016.
- 임성훈, “인공지능 행정이 행정절차·행정소송에 미치는 영향에 대한 시론적 고찰”, 「행정법연구」 제62호, 2020.
- 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로”, 「성균관법학」 제29권 제3호, 2017.
- 이재훈, “독일 연방행정절차법상 전자동화 행정행위 도입 및 주요 쟁점”, 「행정법학」 제16호, 2019.
- 이희정, “EU 행정법상 행정처분절차에 관한 소고”, 「공법학연구」 제12권 제4호, 2011.
- 장교식, “행정절차법의 운용과 전망”, 「토지공법연구」 제53집, 2011.
- 정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016.
- 정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 - 공법상 계약 이론을 중심으로”, 「법제연구」 제46호, 2014.
- 정하중, 행정법개론, 제14판, 법문사, 2020.
- 정하중, “행정기본법 제정안에 대한 소고”, 「법제」 2020년 6월호.
- 홍강훈, “소위 자체완성적 신고와 수리를 요하는 신고의 구분가능성 및 신고제의 행정법 Dogmatik을 통한 해결론”, 「공법연구」 제45집 제4호, 2017.
- 홍완식, “체계정당성의 원리에 관한 연구”, 「토지공법연구」 제29집, 2005.
- 황해봉, “독일의 계획행정절차와 수용가능성”, 「토지공법연구」 제69집, 2015.

## II. 외국문헌

### 가. 영미

- Auby, Jean-Bernard (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, Bruylant, 2013.
- Barkhuysen, Tom et al., *The Law on Administrative Procedures in the Netherlands*, Netherlands Administrative Law Library 2012, April-juni.
- Barnes, Javier, "Toward a Third Generation of Administrative Procedure", in: Rose-Ackerman, Susan et al. (ed.), *Comparative Administrative Law* (2nd ed.), Edward Elgar, 2017.
- Baum, Jeeyang Rhee, "Breaking Authoritarian Bonds: The Political Origins of the Taiwan Administrative Procedure Act", *Journal of East Asian Studies*, Vol. 5, No. 3, 2005.
- Bell, John, "Comparative Administrative Law", in: Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.
- Berge, Lukas van den, "The Relational Turn in Dutch Administrative Law", *Utrecht Law Review*, Vol. 13 Issue 1, 2017.
- Pünder, Hermann, "German Administrative Procedure in a Comparative Perspective: Observations on the Path to a Transnational *Ius Commune Proceduralis* in Administrative Law", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 11 No. 4, 2013.
- Seerden, René and Wenders, Daniëlle, "Administrative Law in the Netherlands", in: Seerden, René (ed.), *Comparative Administrative Law* (4th ed.), Intersentia, 2018.
- Tsend, Tsogt, "Enactment of the General Administrative Act and Evolution of the Administrative Law in Mongolia" (March 12, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2754882> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2754882>.

### 나. 독일

- Cassese, Sabino, "Die Entfaltung des Verwaltungsstaates in Europa", Bogdandy/Huber, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band III, Heidelberg, 2007.
- Maurer-Waldoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Auf., München, 2017.
- Schlette, Volker, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, 2000.
- Schmidt-Abmann, Eberhard, "Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht", Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Band II (2. Auf.), München, 2012.

다. 프랑스

Labetoulle, Daniel, Le code des relations entre le public et l'administration: Avant-propos, RFDA 2016, p. 1-3.

Vialettes, Maud et de Sarigny, Cécile Barrois, La fabrique d'un code, RFDA 2016, p. 4-8.

Levêque, Marie-Anee et Verot, Célia, Comment réussir à simplifier? Un témoignage à propos du code, RFDA 2016, p. 12-16.

Dubreuil, Charles-André, Le Champ d'application des dispositions du code, RFDA 2016, p. 17-22.

논문 투고일: 2020. 10. 31.

심사 완료일: 2020. 11. 19.

게재 확정일: 2020. 12. 01.

[Abstract]

## A Study on the Relationship between 「Framework Act on Public Administration」 and 「Administrative Procedure Act」

Dae-in Kim\*

Draft of 「Framework Act on Public Administration」, which in the process of legislation in National Assembly, is expected to enhance the transparency and efficiency in public administration through systematic regulation of dispersed administrative law and regulations. For this expectation is to be realized, it is necessary to establish the relationship between 「Framework Act on Public Administration」 and 「Administrative Procedure Act」.

From the comparative law perspective, regulation type of general administrative actions is classified into two types: 1) administrative procedure act model (Germany, Spain, United States, Japan, Taiwan), 2) general administrative act model (Netherlands, Mongolia). Republic of Korea shows uniqueness because it will entail both administrative procedure act and general administrative act.

When the relationship between 「Framework Act on Public Administration」 and 「Administrative Procedure Act」 is analyzed, following points can be found. First, both acts' regulation scope is different. 「Administrative Procedure Act」 focuses on the 'procedure' of 'disposition', while 「Framework Act on Public Administration」 regulates 'substance and procedure' of 'other administrative actions other than disposition like public law contract' and 'substance' of 'disposition'. Furthermore, 「Framework Act on Public Administration」 regulates the guidelines for legislation and statutory interpretation.

Second, 「Framework Act on Public Administration」 complements which is not covered by 「Administrative Procedure Act」 (loss of power, public contract, etc.), 「Framework Act on Public Administration」, in conjunction with 「Administrative Procedure Act」, contributes to strengthening administrative procedure (criteria of sanction disposition, process of legislation, etc.).

In the future, both acts should be developed as follows. First, according to each issue, there can be an issue which needs integrative regulation either 「Framework Act on Public Administration」 or 「Administrative Procedure Act」. Notice to public agency is a typical

example of this integrative regulation. Second, 「Framework Act on Public Administration」 should be viewed not only as 'behavioural norm' but also 'judicial norm'. The density of application of judicial norm can be diverse according to each provisions in 「Framework Act on Public Administration」. Third, in the long run, 「Framework Act on Public Administration」 and 「Administrative Procedure Act」 should be integrated. With this integration, priority of both act's application will not become an issue, and systematic regulation of administrative law will be possible.

**Key Words:** 「Framework Act on Public Administration」, 「Administrative Procedure Act」, Framework Act, Codification of Administrative Law, Systematic Legitimacy, Dutch General Administrative Law Act

---

\* Professor, School of Law, Ehwa Women's University